

Id. Cendoj: 28079230062013100081
Órgano: Audiencia Nacional. Sala de lo Contencioso
Sede: Madrid
Sección: 6
Nº de Resolución:
Fecha de Resolución: 22/02/2013
Nº de Recurso: 545/2010
Jurisdicción: Contencioso
Ponente: MERCEDES PEDRAZ CALVO
Procedimiento: CONTENCIOSO
Tipo de Resolución: Sentencia

Resumen:

Sanción por infracción de la Ley de Defensa de la Competencia.

Idioma:

Español

SENTENCIA

Madrid, a veintidos de febrero de dos mil trece.

Visto el recurso contencioso administrativo núm. 545/2010 que ante la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional han promovido **MADRID DEPORTE AUDIOVISUAL S.A.** representado por la Procuradora Sra. Rodríguez de Castro frente a la Administración del Estado, dirigida y representada por el Sr. Abogado del Estado, sobre Resolución de la Comisión Nacional de la Competencia de fecha 14 de abril de 2010, relativa a **sanción por infracción de la Ley de Defensa de la Competencia**, con una cuantía indeterminada, siendo codemandado, PRISA TELEVISION S.A.U. (antes SOGECABLE S.A.) representada por el Procurador Sr. Vázquez Guillén. Siendo Ponente la Magistrado **D^a MERCEDES PEDRAZ CALVO**.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO -. La representación procesal indicada interpuso recurso contencioso-administrativo ante esta Sala contra la Resolución de referencia mediante escrito de fecha 10 de abril de 2010. Por Decreto del Sr. Secretario se acordó tener por interpuesto el recurso, ordenando la reclamación del expediente administrativo.

SEGUNDO -. En el momento procesal oportuno la representación procesal de la actora formalizó la demanda mediante escrito de 17 de abril de 2012 en el cual, tras alegar los hechos y fundamentos de derecho que estimó de rigor, terminó suplicando se dicte sentencia por la que se estime el recurso declarando la disconformidad a derecho de la resolución impugnada, subsidiariamente declarando que no procede la ejecución de la orden de cesación impuesta en el dispositivo 10º de la resolución impugnada y declarando en todo caso el derecho de la recurrente a que le sean

devueltos todos los gastos ocasionados por la ejecución de la resolución impugnada con los correspondientes intereses legales.

TERCERO -. El Abogado del Estado contestó a la demanda para oponerse a la misma, y con base en los fundamentos de hecho y de derecho que consideró oportunos, terminó suplicando la desestimación del recurso.

La codemandada PRISA TELEVISION S.A.U. contestó a la demanda solicitando su desestimación.

CUARTO -. La parte actora, el Abogado del Estado y la representación procesal de PRISA TELEVISIÓN SAU, por su orden, presentaron sus respectivos escritos de conclusiones, para ratificar lo solicitado en los de demanda y contestación a la demanda.

QUINTO -. La Sala dictó Providencia señalando para votación y fallo del recurso la fecha del 19 de febrero de 2.013 en que se deliberó y votó habiéndose observado en su tramitación las prescripciones legales.

FUNDAMENTOS JURIDICOS

PRIMERO .- Es objeto de impugnación en este recurso contencioso-administrativo el acuerdo dictado por la Comisión Nacional de la Competencia el día 14 de abril de 2010 en el expediente S/0006/07, AVS, Mediapro, Sogecable y Clubs de Fútbol de 1ª y 2ª División que tiene la siguiente parte dispositiva:

"PRIMERO .- Declarar que los contratos de adquisición de derechos audiovisuales de Liga y Copa de S.M. el Rey (excepto la final) de clubes de fútbol analizados en el expediente de referencia con una duración superior a tres temporadas, son acuerdos entre empresas que, por sus efectos, caen bajo la prohibición de los artículos 1 de la Ley 15/2007 y 101 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea . No obstante, quedan excluidos de esta calificación los contratos de adquisición de derechos audiovisuales de Liga y Copa de S.M. el Rey (excepto la final) de clubes de fútbol analizados en este expediente, cuya vigencia no vaya más allá de la temporada 2011/2012, aun cuando su duración sea superior a tres temporadas, en consideración al contexto jurídico preexistente en los mercados afectados por las conductas restrictivas acreditadas en el mismo, y en aplicación de los artículos 1.3 de la Ley 15/2007 y 101.3 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea .

SEGUNDO.- Declarar que toda cláusula de los contratos de adquisición derechos audiovisuales de Liga y Copa de S.M. el Rey (excepto la final) de clubes de fútbol analizados en este expediente, que otorgue al operador cesionario un derecho de adquisición preferente, tanteo o retracto, de suspensión o prórroga del contrato que permita extender su vigencia por más de tres temporadas, es un acuerdo contrario a los artículos 1.1 de la LDC y 101.1 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea

TERCERO .- Declarar que el acuerdo de puesta en común en AVS de los derechos audiovisuales de Liga y Copa de S.M. el Rey (excepto la final) de fútbol y de configuración de un modelo de explotación de dichos derechos, recogido en las cláusulas primera, segunda, tercera y quinta del contrato de 24 de julio de 2006, firmado por Sogecable, AVS, Mediapro y TVC Cataluña, en lo que afecten a las temporadas 2009/2010 y siguientes, es un acuerdo entre empresas contrario a los

artículos 1 de la Ley 15/2007 y 101 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea .

CUARTO. - Declarar que el pacto de no competencia contenido en la cláusula quinta del contrato de 24 de julio de 2006, entre Sogecable, AVS, TVC Cataluña y Mediapro, que reserva a Sogecable (sólo el Real Madrid) y a AVS la adquisición y renovación (con la excepción del Real Madrid) de los derechos audiovisuales de Liga y Copa de S.M. el Rey (excepto la final) de fútbol, es un acuerdo entre empresas contrario a los artículos 1 de la Ley 15/2007 y 101 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea .

Imponer por la realización de esta conducta prohibida una multa de 0.000 Euros a Sogecable S.A.; de 150.000 Euros a Mediaproducción S.L.; de 100.000 Euros a Audiovisual Sport SL; y de 25.000 Euros a TVC Multimedia S.L.

QUINTO.- Declarar que el pacto de no competencia indefinido contenido en el contrato de 21 de agosto de 2006 entre Mediapro y TV Cataluña, y en este sentido la cesión indefinida de Mediapro a TV Cataluña de derechos de retransmisión en directo en televisión en abierto de partidos de Liga y Copa de S.M. el Rey, en lo que afecten a las temporadas 2009/2010 y siguientes, es un acuerdo entre empresas contrario a los artículos 1 de la Ley 15/2007 y 101 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea .

SEXTO.- Declarar que la puesta en común en Mediapro de los derechos audiovisuales de Liga y Copa de S.M. el Rey (excepto la final) de fútbol de Valencia, Villarreal y Levante titularidad de TV Valenciana, y la cesión de Mediapro a TV Valenciana para las temporadas 2006/2007 a 2010/2011 de derechos de retransmisión en directo en televisión en abierto de partidos de Liga y Copa de S.M. el Rey, recogida en el contrato de 25 de agosto de 2006 firmado por Mediapro y TV Valenciana, en lo que afecten a las temporadas 2009/2010 y siguientes, son un acuerdo entre empresas contrario a los artículos 1 de la Ley 15/2007 y 101 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea .

SÉPTIMO .- Intimar a las empresas que son parte de los acuerdos que se declaran prohibidos en esta parte dispositiva a que cesen en las conductas prohibidas, y a que se abstengan de realizarlas en el futuro.

OCTAVO. - Instar a la Dirección de Investigación de la CNC para que vigile el cumplimiento de esta Resolución."

SEGUNDO -. La codemandada PRISA TELEVISION S.A.U. alega con carácter previo que el recurso es inadmisibile por litispendencia y aplicación del artículo 70 LJCA .

En segundo lugar plantea la inadmisibilidad parcial del petitum de la demanda, por cuanto no se refiere a una declaración de inconformidad con la ley ni a la anulación de la resolución, que es lo que contempla el art. 71 de la ley jurisdiccional , sino que pretende una modificación de lo ordenado en la resolución en vía de ejecución de la misma.

Deben examinarse en primer lugar estas dos causas de inadmisibilidad alegadas por la representación procesal de la codemandada.

La litispendencia es una causa de inadmisibilidad del recurso contencioso-administrativo introducida en la ley jurisdiccional por la reforma de 1998,

en el artículo 69.d), junto a la cosa juzgada, como el conjunto de efectos jurídicos que se producen como consecuencia de la interacción de las partes y del juez tras la iniciación de un proceso. Su finalidad es evitar pronunciamientos contradictorios sobre la misma cuestión que se encuentra sometida a enjuiciamiento.

La litispendencia en este caso se habría producido porque MADRID DEPORTE AUDIOVISUAL S.A. ha interpuesto recurso con CAJA DE AHORROS Y MONTE DE PIEDAD DE MADRID y TELEVISION AUTONOMICA DE MADRID S.A. recurso que se tramita con el numero 377/2010 . El examen de dicho recurso permite comprobar que en el mismo los recurrentes son las empresas que se "*asociaron*" con la actora y que la resolución impugnada describe la situación como sigue:

" Televisión Autonomía de Madrid, S.A. (Telemadrid) es la televisión autonómica pública de Madrid, que junto a Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Madrid, controla Madrid Deporte Audiovisual, S.A., una sociedad sin plenas funciones de una entidad económica autónoma a efectos del *artículo 7.1.c) LDC* , que ha sido constituida para gestionar, entre otros, los derechos audiovisuales de Liga y Copa de S.M. el Rey del Club Atlético de Madrid S.A.D. y Getafe Club de Fútbol S.A.D. Telemadrid y Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Madrid controlan conjuntamente Madrid Deporte, pues los pactos parasociales firmados por todos los accionistas otorgan a Telemadrid y Caja Madrid derechos de veto sobre las decisiones estratégicas de Madrid Deporte y les facultan para nombrar cada una a un administrador mancomunado para dirigir la sociedad.

Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Madrid (Caja Madrid) es una caja de ahorros, que junto a Telemadrid, controla Madrid Deporte Audiovisual, S.A. "

Puesto que esta figura tiene la misión de evitar la contradicción respecto a unas pretensiones planteadas por las mismas partes sobre objeto idéntico entre distintas sentencias, en este supuesto, falta la identidad de las partes, pues en este litigio demanda la nulidad del acto administrativo MADRID DEPORTE AUDIOVISUAL S.A. y en el recurso 377/2010 el recurrente es Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Madrid.

La segunda causa de inadmisión se fundamenta en la parte del suplico en el que la actora solicita de esta Sala que declare que "*no procede la ejecución de la obligación de cesación impuesta en el Dispositivo Décimo de la indicada resolución por contravenir esta la Ley General de Comunicación Audiovisual*" . Como la propia codemandada pone de manifiesto es evidente el error padecido en la demanda pues al no existir dispositivo décimo en la resolución recurrida, debe entenderse que la actora se refiere al dispositivo séptimo.

Esta alegación debe prosperar, pues efectivamente no puede condicionarse en la sentencia la nulidad o conformidad a derecho de un acto administrativo a la ejecución que del mismo lleve a cabo en el futuro la Administración. Serán estos actos de ejecución, si la interesada considera que son contrarios a derecho, los que deberán ser impugnados en tiempo y forma.

TERCERO -. La resolución de la CNC en el apartado de hechos probados, tras describir "*Las partes*" y el "*Entorno normativo*" describe los mercados en los que se producen las conductas imputadas en los siguientes términos literales:

"III.1. Mercado de adquisición

28. *En el Informe sobre la operación de concentración C-102/06 Sogecable/AVS, el TDC consideró la existencia de un mercado de adquisición de derechos de retransmisión en directo de fútbol de la Liga y la Copa de S.M. el Rey, diferenciado del de adquisición de derechos de retransmisión en directo de las competiciones regulares europeas, debido a la incertidumbre sobre qué equipos españoles van a jugar las distintas eliminatorias de las distintas competiciones regulares europeas, y a que los sistemas de comercialización y precios de los derechos audiovisuales nacionales y europeos son diferentes.*

29. *Los derechos audiovisuales de Liga y Copa de S.M. el Rey son una importante fuente de ingresos para los clubes de fútbol que participan en la Primera y Segunda División de la Liga de fútbol organizada por la LNFP. Según el Informe del fútbol de la CNC, los ingresos por la venta de los derechos audiovisuales de Liga y Copa de S.M. el Rey (excepto la final) representaron aproximadamente 35% del total de los obtenidos por los clubes de fútbol de Primera División y Segunda División. De ellos, el 79%-90% corresponde a la retransmisión de partidos en directo. Asimismo, dicho Informe estima que estos montantes han pasado de 320 millones de euros en la temporada 2005/2006, a representar más de 540 millones de euros en la temporada 2007/2008."*

Completa esta descripción señalando la desigualdad existente en el reparto de los ingresos individuales entre los clubes miembros de la Liga, pues entre tres equipos suman más del 50%.

Describe el mercado actual de adquisición de derechos de retransmisión en directo de partidos de fútbol de la Liga y Copa de S.M. el Rey, el cual según señala la resolución, se caracteriza por el hecho de que los clubes ceden en exclusiva a un único operador todos sus derechos audiovisuales de sus partidos de Liga y Copa de S.M. el Rey (excepto la final), para todas las modalidades de explotación audiovisual, para todos los ámbitos geográficos, y por un periodo de tiempo determinado que se mide en temporadas. Cada temporada va del 1 de julio del año inicial al 30 de junio del año siguiente.

La consecuencia de esto es que, según la CNC, " *en este mercado la competencia entre los distintos adquirentes se produce episódicamente, cuando éstos licitan por los contratos que otorgan la exclusiva sobretodos los derechos del club para un periodo de tiempo determinado, quedando el resto del tiempo cerrado a la competencia* ".

III.2. Mercado de reventa

En este mercado, según la CNC, se desarrolla la fase minorista, en la que los revendedores u operadores de audiovisuales son oferentes y la demanda viene dada por el resto de operadores audiovisuales . " *Una de las características más relevantes de este mercado es que los distintos operadores audiovisuales adquirentes de derechos de Liga y Copa de S.M. el Rey (excepto la final) de fútbol han puesto en común, de forma explícita o tácita, sus derechos audiovisuales para su posterior reventa y explotación en distintos medios audiovisuales, fundamentalmente en televisión en abierto y televisión de pago ."*

Esta puesta en común habría dado lugar al acuerdo de 24 de julio de 2006 (AVS III) "analizado en el marco de este expediente" . La resolución continúa razonando en los hechos probados que la citada puesta en común es el resultado de los elevados incentivos existentes para agrupar los derechos audiovisuales de los distintos equipos para maximizar su valor, y se refuerzan considerablemente si está operativo el

derecho de oposición.

Los incentivos descritos son los siguientes:

- Maximizar el valor de la explotación de los derechos aguas abajo, al permitir que un operador de televisión retransmita el mismo número de encuentros todas las jornadas.
- Posibilitar la coordinación de los días y horarios de los partidos para que aquellos con mayor poder de atracción no coincidan en el mismo momento.

Sobre esta base la Resolución establece:

Describe en primer lugar las ADQUISICIONES DE DERECHOS AUDIOVISUALES DE CLUBES DE FUTBOL por SOGECABLE: y la CNC detalla los distintos contratos suscritos por Real Madrid, Atlético de Madrid, Deportivo de la Coruña, Real Sociedad, Betis, Tenerife, y otros clubes con Sogecable.

En segundo lugar las ADQUISICIONES DE DERECHOS AUDIOVISUALES DE CLUBES DE FUTBOL POR AUDIOVISUAL SPORT: y la CNC detalla los contratos suscritos por el Atlético de Madrid, el Levante y el Murcia.

En tercer lugar las ADQUISICIONES DE DERECHOS AUDIOVISUALES DE CLUBES DE FUTBOL POR TV CATALUÑA y detalla los contratos suscritos por el F.C. Barcelona y el Español.

En cuarto lugar las ADQUISICIONES DE DERECHOS AUDIOVISUALES DE CLUBES DE FUTBOL POR TV VALENCIANA y detalla los contratos suscritos por el Levante, el Valencia y el Villarreal F.C.

En quinto lugar las ADQUISICIONES DE DERECHOS AUDIOVISUALES DE CLUBES DE FUTBOL POR MEDIAPRO: y la CNC detalla los contratos suscritos por el Zaragoza, Racing de Santander, Barcelona F.C. , Athletic, Real Sociedad, Sevilla, Real Madrid, Español, Celta de Vigo, Osasuna, Deportivo de la Coruña, Real Murcia, Gimnastic, y otros clubes.

En sexto lugar las adquisiciones de Sevilla SANTA MONICA Advances S.I.

Y en séptimo lugar las de TELEMADRID y CAJA MADRID.

II) HECHOS PROBADOS

EN RELACION CON EL MERCADO DE REVENTA

Describe los acuerdos:

- El contrato de 7 de febrero de 2005 entre SOGECABLE, AUDIVISUAL SPORT y TV CATALUÑA para la puesta en común de estos derechos.
- El contrato de 24 de junio de 2006 entre SOGECABLE, AUDIVISUAL SPORT MEDIAPRO y TV CATALUÑA para la puesta en común de estos derechos.
- Los contratos entre MEDIAPRO y TV CATALUÑA, entre MEDIAPRO y TV VALENCIANA.

Y las siguientes negativas:

- . Negativa de TV Valenciana a ceder los derechos audiovisuales del Levante, Valencia y Villarreal a ONO.

- . Negativa de Sogecable y AVS para poner en común sus derechos audiovisuales con Sevilla y Santa Mónica.

El resumen que hace la propia resolución de la situación contractual del mercado de **adquisición** de derechos audiovisuales de fútbol es la siguiente:

1 . La mayoría de los clubes de fútbol que han jugado en Primera División o Segunda División durante la temporadas 2007/2008 han vendido en exclusiva sus derechos audiovisuales de Liga y Copa de S.M. el Rey (excepto la final) de fútbol, en uno o varios contratos que se suceden en el tiempo, con uno a varios operadores, por un periodo vigente total de, al menos, cinco temporadas completas desde la firma del último contrato.

2. Todos los contratos firmados por Mediapro con los clubes de fútbol para la adquisición de sus derechos audiovisuales de Liga y Copa de S.M. el Rey (excepto la final) tienen una duración mínima de cinco temporadas y terminan como pronto al final de la temporada 2010/2011.

3. De cara a la temporada 2009/2010 Mediapro ha adquirido los derechos audiovisuales de Liga y Copa de S.M. el Rey (excepto la final) de, al menos, 38 de los 42 equipos que militaban en Primera o Segunda División en la temporada 2008/2009. La vigencia de los contratos respecto a los derechos de 30 de los 38 equipos es hasta, por lo menos, la temporada 2013/2014.

4. Los contratos de Sogecable / AVS con clubes de fútbol no alcanzaban las cuatro temporadas completas, y ninguno terminó más allá del fin de la temporada 2008/2009. La excepción son los contratos con el Betis y Tenerife, que van más allá de la temporada 2009/2010 y, por sí mismos, duran cuatro o más temporadas completas.

En la temporada 2008/2009 Sogecable/AVS contaba con los derechos de 31 de los 42 equipos que militaban en Primera o Segunda División en la temporada 2007/2008.

5. Los contratos de TV Cataluña con Barcelona y Espanyol tenían una vigencia que no superaba el fin de la temporada 2007/2008, aunque contenían derechos de adquisición preferente una vez vencidos.

TV Cataluña no ha hecho uso de los derechos de adquisición preferente sobre los derechos audiovisuales del Barcelona y el Espanyol, en la medida que ha renunciado expresa o tácitamente a los mismos en el marco de sus acuerdos con Mediapro.

En el caso del contrato del Barcelona, el mismo tenía una vigencia de cinco temporadas completas, en la medida que cubre las temporadas 2003/2004 a 2007/2008.

6. Los contratos de Telemadrid y Caja Madrid (a través de Madrid Audiovisual, S.A.) con Getafe y Atlético de Madrid, para la adquisición de sus derechos audiovisuales de Liga y Copa de S.M. el Rey (excepto la final), tienen una duración de cinco

temporadas, que termina al final de la temporada 2013/2014.

7. Los contratos de TV Valenciana con Valencia y Villarreal para la adquisición de sus derechos audiovisuales de Liga y Copa de S.M. el Rey (excepto la final) contenían derechos de adquisición preferente, que habrían permitido a TV Valenciana impedir la entrada de un competidor en el mercado de adquisición de derechos. Asimismo, estos contratos tenían una duración de cinco temporadas (que terminaba al final de la temporada 2010/2011), pero los clubes ejercieron su derecho de rescisión unilateral para las dos últimas temporadas.

El resumen que hace la propia resolución de la situación contractual del mercado de **reventa** de derechos audiovisuales de fútbol es el siguiente: el derecho de oposición es un acuerdo entre competidores.

En ausencia de una norma que atribuya la titularidad de los derechos de retransmisión audiovisual a los dos clubes que disputan el partido o a un tercero por aplicación de lo dispuesto en el art. 353 del Código Civil la CNC considera que corresponde a quién organiza el partido, por ser quién soporta el riesgo económico y empresarial de la celebración del mismo; la participación del otro equipo no puede ser retribuida mediante un derecho de propiedad, máxime cuando en la mayoría de las competiciones, los partidos son de ida y vuelta. En estas circunstancias, la CNC considera que el derecho de oposición del club visitante no tiene soporte normativo y constituye un acuerdo entre competidores, que, en el examinado contexto jurídico y económico, resulta apto para generar efectos restrictivos tanto en el mercado de adquisición como en el de reventa.

Y ello porque, potencia o refuerza el efecto de cierre del mercado de adquisición derivado de la red paralela de contratos de efectos restrictivos similares que cubre el 100% del mercado, como también refuerza los incentivos que tienen los adquirentes de los derechos audiovisuales de fútbol a que los agrupen aguas abajo para maximizar el valor de su inversión en los mercados de explotación. Pero considera que el derecho de oposición no es contrario al art. 1 LDC y al art. 101 TFUE porque a la vez que tiene efectos restrictivos en los mercados de adquisición y reventa, sirve para reequilibrar el poder de negociación frente a los operadores adquirentes de la mayoría de los clubes de fútbol, especialmente, frente al operador adquirente dominante, incrementando así el valor de venta del producto. Un efecto que puede compensar aquéllos efectos restrictivos.

La CNC considera que " *el objeto principal de los acuerdos controvertidos no es la concesión de una licencia de derechos de propiedad intelectual, sino establecer las condiciones en las que se adquiere un bien (la serie de partidos de fútbol objeto del contrato) para su posterior explotación audiovisual (reventa), y a este objeto la adquisición de todos los derechos audiovisuales (asimilables a derechos de autor o de propiedad intelectual) hacen factible al adquirente la reventa del bien adquirido o de los bienes producidos sobre la base de aquél en los distintos mercados. En definitiva, estamos en el supuesto de los acuerdos verticales que conforme a la primera frase del art. 2.3 del Reglamento CE 2790/99 pueden quedar cubiertos por la exención por categoría, a condición de que se cumplan los demás requisitos, lo que como se verá no sucede en este caso. Por ello también, incluso si tales contratos entre clubes de fútbol y operadores no se considerasen acuerdos verticales en el sentido apuntado, en nada se modificaría el análisis de competencia ex arts. 1 LDC y 101 TFUE que se realiza en esta Resolución.*"

La consecuencia es la siguiente: el fútbol es un input fundamental en los mercados audiovisuales. Para que estos mercados funcionen de forma competitiva debe producirse la posibilidad de competir periódicamente por obtener los derechos audiovisuales del fútbol, en definitiva, debe asegurarse la apertura del mercado estableciendo limitaciones a la libertad de pacto de los clubes de fútbol y de los operadores que adquieren en exclusiva los derechos audiovisuales relativos a la Liga y la Copa, limitaciones que afectan concreta y especialmente a la duración de los contratos y a la inclusión de derechos de adquisición preferente o de prórroga.

CUARTO- En su primer motivo de impugnación la actora alega que la Resolución es nula por resultar contraria al art. 25 de la Constitución al sancionar a Caja Madrid por unos hechos realizados exclusivamente por su participada MDA con grave vulneración de los principios de personalidad de la pena y culpabilidad.

El derecho comunitario de la competencia versa sobre las actividades de las empresas. El concepto de empresa comprende toda entidad que realice una actividad económica, con independencia de la configuración jurídica de esa entidad y su modo de financiación. Y constituye actividad económica toda actividad consistente en ofertar bienes y servicios en un mercado determinado. La inexistencia de una definición normativa en los Tratados del concepto de empresa ha llevado a la Comisión y a los Tribunales comunitarios a adoptar una definición que se fundamenta en la realidad económica, y no en la forma jurídica.

La jurisprudencia del Tribunal de Justicia ha establecido que " *en el contexto del Derecho de la competencia, debe entenderse que el concepto de empresa designa una unidad económica desde el punto de vista del objeto del acuerdo de que se trate aunque, desde el punto de vista jurídico, esta unidad económica esté constituida por varias personas físicas o jurídicas*" (*sentencia de 12 de julio de 1984, Hydrotherm, 170/83 , Rec. p. 2999, apartado 11*)."

En la sentencia dictada el 19 de julio de 2012 el Tribunal recuerda que según su jurisprudencia: " *el concepto de empresa abarca cualquier entidad que ejerza una actividad económica, con independencia del estatuto jurídico de dicha entidad y de su modo de financiación. Debe entenderse ese concepto en el sentido de que designa una unidad económica aunque, desde el punto de vista jurídico, esta unidad económica esté constituida por varias personas físicas o jurídicas. Cuando una entidad económica de este tipo infringe las normas sobre la competencia, le incumbe, conforme al principio de responsabilidad personal, responder por esa infracción* (*sentencias de 20 de enero de 2011, General Química y otros/Comisión, C-90/09 P, Rec. p. I-0000, apartados 34 a 36 y la jurisprudencia citada, y de 29 de septiembre de 2011, Elf Aquitaine/Comisión, C-521/09 P, Rec. p. I-0000, apartado 53*)."

Con este fundamento se sustenta la responsabilidad de la recurrente: la responsabilidad se determina por la unidad de decisión y en este caso, MDA es controlada por CAJA DE AHORROS Y MONTE DE PIEDAD DE MADRID y TELEVISION AUTONOMICA DE MADRID S.A.

Examinada por la CNC la estructura societaria de la entidad MDA se concluye que esas sociedades controlan conjuntamente a la hoy actora, porque los pactos parasociales firmados por los accionistas otorgan a Telemadrid y Caja Madrid derechos de veto sobre las decisiones estratégicas de MADRID DEPORTE y les facultan para nombrar cada una a un administrador mancomunado para dirigir la sociedad.

Como pone de relieve el Abogado del Estado MDA ha sido constituida como un ente instrumental cuyo control corresponde a Caja Madrid y Telemadrid, constituida con el objetivo de servir a ambas entidades como herramienta de gestión de los derechos audiovisuales del Atlético de Madrid y el Getafe Club de Fútbol, careciendo de capacidad de decisión sin contar con sus socios, quienes a su vez cuentan con derecho de veto respectivamente.

La demanda no discute estas conclusiones, y con independencia de que con arreglo a la jurisprudencia comunitaria sobre el concepto de empresa, pueda entenderse que es responsable tanto esta entidad hoy actora, como las empresas que controlan la toma de decisiones de la misma, el hecho es que, como la propia demanda señala, la resolución se limita a declarar prohibidos determinados contratos en el dispositivo primero e intima al cese de una conducta en el dispositivo séptimo, por lo que la no citación de la recurrente como "*expedientada*" no constituye la causa de nulidad del acuerdo impugnado que sostiene la recurrente.

QUINTO -. Se alega en segundo lugar que la resolución recurrida es inválida por vulnerar el principio de tipicidad recogido en el art. 25 de la Constitución en relación con el art. 1 LDC y el art. 21 y D.T. duodécima de la ley 7/2010 .

El artículo 21 de la ley 7/2010 tiene el siguiente tenor literal:

"Artículo 21 Compraventa de derechos exclusivos de las competiciones futbolísticas españolas regulares.

1. El establecimiento del sistema de adquisición y explotación de los derechos audiovisuales de las competiciones futbolísticas españolas regulares se regirá por el principio de libertad de empresa dentro del marco del sistema de evaluación establecido por la normativa europea y española de la competencia.

Los contratos de adquisición de los derechos de las competiciones futbolísticas no podrán exceder de 4 años. Los contratos vigentes desde la entrada en vigor de la presente Ley, permanecerán válidos hasta su finalización.

2. La venta a los prestadores del servicio de comunicación audiovisual de los derechos citados en el apartado anterior deberá realizarse en condiciones de transparencia, objetividad, no discriminación y respeto a las reglas de la competencia, en los términos establecidos por los distintos pronunciamientos que, en cada momento, realicen las autoridades españolas y europeas de la competencia."

La Disposición Transitoria Duodécima de dicha ley establece:

"Vigencia de los contratos de adquisición de los derechos de las competiciones futbolísticas.

Los contratos de adquisición de los derechos de las competiciones futbolísticas vigentes a la entrada en vigor de la presente Ley seguirán siendo válidos hasta su finalización, siempre y cuando esta finalización tenga lugar en el plazo de 4 años desde la entrada en vigor. En caso contrario, una vez transcurrido el citado plazo de 4 años desde la entrada en vigor de la Ley, los contratos expirarán forzosamente."

La resolución impugnada es anterior a la entrada en vigor de esta ley, que tuvo lugar el día 1 de mayo de 2010 pues la Disposición Final Octava determinaba su entrada en

vigor en el plazo de un mes desde su publicación en el BOE y esta tuvo lugar el día 1 de abril de 2010.

No es esta una disposición sancionadora, por lo que en aplicación del principio constitucional de seguridad jurídica, no cabe su aplicación retroactiva. Se trata de una norma cuya finalidad, y así resulta claramente del propio preámbulo de la ley, busca "*regular, ordenar con visión de medio y largo plazo, con criterios que despejen incertidumbres y den seguridad a las empresas y con la intención de proteger al ciudadano de posiciones dominantes de opinión o de restricción de acceso a contenidos universales de gran interés o valor. Así lo han entendido los países más avanzados y la propia Unión Europea que a través de Directivas ha establecido y perfecciona periódicamente normas que configuran un régimen básico común que garantice el pluralismo y los derechos de los consumidores.*"

La propia norma invocada, el art. 21 de la ley Audiovisual establece que si bien "*Los contratos de adquisición de los derechos de las competiciones futbolísticas no podrán exceder de 4 años*" la venta a los prestadores del servicio de comunicación audiovisual de los derechos debe respetar las reglas de la competencia en los términos que establezcan las autoridades españolas y europeas de la competencia. La Disposición Transitoria reproducida igualmente establece que los contratos que en la fecha de entrada en vigor de la ley estén vigentes y tengan una duración superior a tres años "*seguirán siendo válidos hasta su finalización, siempre y cuando esta finalización tenga lugar en el plazo de 4 años desde la entrada en vigor*", lo que a juicio de esta Sala debe interpretarse en consonancia con lo establecido en el artículo 21 de la ley, y no como una excepción al régimen general establecido en el mismo.

Alega la actora que en la tramitación parlamentaria ya se previeron posibles conflictos entre la ley Audiovisual y el derecho de la competencia, pero el texto de la ley, a juicio de esta Sala, claramente resuelve el conflicto: el art. 21.2 expresamente sujeta a las normas de Defensa de la Competencia, interpretadas por la autoridad administrativa nacional o comunitaria la duración de los contratos que se suscriban en el futuro y a los suscritos antes de la entrada en vigor de la ley 7/2010.

SEXTO-. La actora considera que la resolución impugnada es inválida por vulnerar los Arts. 9.3 y 24 CE en relación con los Arts. 1 LDC y 101 TFUE por infringir el Reglamento 2790/1999 al considerar que los contratos firmados por MDA no están exentos.

La Sala comparte las consideraciones que ha efectuado, respondiendo a idéntica alegación, la CNC en el acuerdo impugnado:

- . Según el pfo. 32 de las Directrices de la Comisión sobre restricciones verticales, el Reglamento 2790/99 no cubre "*las licencias de derechos de autor tales como los contratos de radiodifusión relativos al derecho a grabar y/o el derecho a retransmitir un acontecimiento*". Pero los contratos entre clubes y operadores no son simples acuerdos de licencia para grabar o retransmitir un encuentro de fútbol, sino que el club cede en exclusiva al operador cesionario un conjunto de derechos de explotación que permiten a éste o a un tercero autorizado, producir una amplia variedad de bienes o productos para su posterior comercialización en diversos mercados, y la resolución expone un listado de posibilidades: la emisión en directo o en diferido de un encuentro; agrupar derechos de varios clubes para su reventa en paquetes a operadores de televisión, de telecomunicaciones o de Internet; fijar copias de uno o varios encuentros, íntegros o fraccionados, en CDs, DVS, Bases de datos para su

reventa a través de cualquier canal de comercialización.

- Resulta en consecuencia que no se trata de conceder una licencia de derechos de propiedad intelectual, sino de establecer las condiciones de adquisición de un bien (los partidos) para su explotación, básicamente mediante la reventa de los mismos, y dado que el Reglamento 2790/99 declara exentos los acuerdos o prácticas concertadas suscritos entre dos o más empresas que operen a efectos del acuerdo en planos distintos de la cadena de producción o distribución y que se refieran a las condiciones en que las partes pueden adquirir, vender o revender determinados bienes o servicios. Pero (pfo. 3 del art. 2) en el caso de que los contratos contengan cláusulas que se refieran a la cesión al comprador o utilización por el comprador de derechos de propiedad intelectual, para que opere la exención es necesario " *que, en relación a los bienes o servicios contractuales, dichas cláusulas no contengan restricciones de la competencia que tengan el mismo objeto o efecto que las restricciones verticales que no estén exentas con arreglo al presente Reglamento .*" Lo que como se ha visto en las líneas anteriores es precisamente el caso.

- La solución del conflicto no puede adoptarse teniendo en consideración las concretas cuotas del mercado de derechos audiovisuales de cada equipo concreto, como resulta de la posición de la actora. Por el contrario, la debida valoración de las conductas, de sus implicaciones para la libre competencia, y de las consecuencias que tiene la suscripción de contratos por plazos superiores a tres años debe efectuarse teniendo en cuenta la totalidad de los agentes implicados. Del Reglamento de Restricciones Verticales no resulta la compartimentación del mercado afectado que postula la actora, máxime cuando, como es el caso, en cada partido de fútbol hay dos equipos participantes.

En cuanto a la existencia de efectos positivos, como resulta de la consideración del acuerdo impugnado reproducida en el folio 15 de la demanda, los mismos (efectos positivos) se han tenido en cuenta por la autoridad administrativa de defensa de la competencia, y se ha concluido que los mismos pueden producirse únicamente cuando la duración de la cesión en exclusiva no resulta excesiva.

SEPTIMO -. Según la actora, la resolución recurrida es inválida por resultar desproporcionada y lesiva de sus derechos e intereses legítimos.

La resolución explica de forma razonada por qué el hecho de que el mismo operador tenga la exclusiva de los derechos de retransmisión de los partidos de fútbol de Liga y Copa durante periodos de más de tres años supuso el cierre del mercado, con la consecuencia de excluir a los competidores. Como ponen de manifiesto tanto el Abogado del Estado como la representación procesal de PRISA TELEVISION SAU tanto el art. 1.3 LDC como el 101.3 TFUE recogen el principio de "*indispensabilidad*" y en este caso es imprescindible que exista una vía alternativa de acceso a los derechos, directamente en el mercado de adquisición de estos, que tiene que estar abierta en periodos de tiempo razonables. La CNC ha considerado que es razonable un plazo de tres años, y la resolución es congruente porque fijada la limitación "aguas arriba" los efectos se dejan sentir "aguas abajo" ya que sin la cesión exclusiva de sus derechos por los clubes no existirían problemas en los contratos entre operadores. Como se recuerda por la codemandada, si los derechos se adquieren por tres temporadas, parece lógico que el precio sea inferior en la correspondiente proporción al precio pagado por cinco temporadas, permitiendo una amortización en plazo más corto, y si bien por un lado se "*frustra*" un plan de negocio calculado a cinco años, por otro se abren posibilidades de negocio que indudablemente se ven afectadas por la apertura

del mercado que hasta la resolución de la CNC estaba cerrado en este caso hasta el año 2014. La recurrente realiza alegaciones sobre las grandes inversiones que este tipo de negocio requiere pero no aporta prueba alguna que pueda permitir a la Sala valorar por qué las consecuencias económicas para MADRID DEPORTE AUDIOVISUAL son de tal entidad que justificarían un trato diferente al del resto de los operadores afectados.

De lo expuesto resulta la desestimación del recurso.

OCTAVO -. De conformidad con el art. 139-1 de la LRJCA de 13 de julio de 1998, en la redacción dada antes de la reforma operada por la Ley 37/2011 de 10 de octubre, de medidas de agilización procesal, no procede efectuar condena al pago de las costas procesales.

VISTOS los preceptos citados y demás de general y pertinente aplicación, por el poder que nos otorga la Constitución,

FALLAMOS

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Que debemos **DESESTIMAR Y DESESTIMAMOS**

el recurso contencioso-administrativo interpuesto por la representación procesal de **MADRID DEPORTE AUDIOVISUAL, S.A.** contra el Acuerdo dictado el día 14 de abril de 2010 por la Comisión Nacional de la Competencia descrito en el fundamento jurídico primero de esta sentencia, el cual confirmamos, por ser conforme a derecho. Sin efectuar condena al pago de las costas.

Notifíquese a las partes esta sentencia, dando cumplimiento a lo dispuesto en el art. 248 pfo. 4 de la Ley Orgánica de Poder Judicial .

Así , por esta nuestra Sentencia, testimonio de la cual será remitida en su momento a la oficina de origen, a los efectos legales, junto con el expediente -en su caso- lo pronunciamos, mandamos y fallamos.

PUBLICACION.- Leída y publicada fue la anterior Sentencia por la Iltma. Sra. Magistrado Ponente de la misma, en el día de la fecha, estando celebrando Audiencia Pública la sección Sexta de la Sala de Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional.